



MAESTRIA EN DERECHO EMPRESARIAL

Medidas de salvaguardias en el marco de las inversiones extranjeras

Curso: Comercio Internacional y Protección a las Inversiones

Alumno: Renzo Canalle Paz

Código: 19940158

Lima, julio de 2014

Índice

I.	De las medidas de salvaguardia	Pág. 5-7
II.	De los principios del derecho internacional en materia de inversión extranjera y la actuación del Estado	Pág. 8-9
III.	Planteamiento de la hipótesis: De las medidas de salvaguardia contra la inversión extranjera	Pág.10-14
IV.	Propuesta	Pág. 15-16
	Conclusiones	Pág. 17
	Bibliografía	Pág. 18

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la hipótesis basada en el supuesto en el que las medidas de salvaguardias adoptadas por un país para proteger la industria local en un mercado determinado, pueden significar la afectación a la inversión extranjera directa y con ello generar un caso de demanda de arbitraje internacional contra el Estado, por la vulneración de los principios del derecho internacional de las inversiones.

Ante dicha hipótesis, esbozaremos una posible solución al problema no solo para determinar una incorporación de la misma a un tratado de integración o de promoción de las inversiones, sino también para que dicha solución sirva como pauta a la autoridad nacional competente a tomar en cuenta para la adopción de medidas de salvaguardia ante la posibilidad de que el Estado peruano sea sujeto a una demanda de arbitraje internacional.

Parte del trabajo será hacer una descripción de la medida de salvaguardia, como un acto excepcional y de carácter urgente adoptado por el Estado para proteger la industria local ante la amenaza de un gran volumen de importaciones que pudieran destruirla. Asimismo, analizaremos los principales principios del derecho internacional de la inversión extranjera

que pueden ser afectados por una medida de salvaguardia, y el deber del Estado receptor de ejercer un cuidado razonable para la protección de las inversiones.

Finalmente, arribaremos a conclusiones que nos permitan tener una visión más clara de la incidencia de una medida de salvaguarda en el marco de la inversión extranjera.

I. De las medidas de salvaguardia

El 17 de julio de 2009, la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del INDECOPI, emitió el informe técnico N° 043-2009/CFD-INDECOPI dirigido a los Miembros de la Comisión Multisectorial, conformada por los ministros de Comercio Exterior y Turismo, de Economía y Finanzas y de la Producción, relativo a *“la determinación de la existencia de daño grave y la necesidad de aplicación de medidas de salvaguardia general a las importaciones de hilados de algodón al amparo del Acuerdo sobre Salvaguardias de la Organización Mundial de Comercio – OMC”*, en el marco del procedimiento de investigación iniciado a pedido de diversas compañías del rubro textil nacional por la masiva importación de los productos de dicho rubro provenientes de China.

En dicho documento se hace una extensa explicación del procedimiento de investigación realizado por la Secretaría Técnica de la referida Comisión del INDECOPI, del cual puede advertirse el cumplimiento de los procedimientos establecidos en el acuerdo de salvaguardias de la OMC.

Asimismo, en dicho informe, podemos apreciar una clara la definición de medidas de salvaguardia, basada en la legislación nacional, en los siguientes términos:

*“El Acuerdo sobre Salvaguardias establece que un miembro sólo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si ha determinado que las importaciones de dicho producto en su territorio han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce **productos similares o directamente competidores**.*

*De manera similar, el artículo 3 del Decreto Supremo N° 020-98-ITINCI, modificado por Decreto Supremo N° 017-2004-MINCETUR (en adelante, el **Reglamento sobre Salvaguardias**), dispone que las medidas de salvaguardia se aplicarán cuando el incremento de las importaciones de un producto causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce **productos similares o directamente competidores**.*

Asimismo, el artículo 4 del Reglamento sobre Salvaguardias establece que el producto nacional es similar al importado si resulta idéntico en sus características físicas, o no siendo igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto importado. Asimismo, establece que se trata de un producto directamente competidor si el producto nacional que no siendo similar con el que se compara, es esencialmente equivalente para fines comerciales por estar dedicado al mismo uso y ser intercambiable con éste.”

A manera de complemento, conviene citar a Pierino Stucchi en su trabajo, “La Liberación del Comercio y las medidas de defensa comercial”, en el que señala que “*Estas medidas de salvaguardia (concebidas como medidas de urgencia) permiten a los Miembros de la OMC que participan en la liberalización del comercio proteger a sus productores de mercancías ante el aumento de importaciones de productos similares de una magnitud que cause o amenace causar un daño grave a los productores nacionales. En este caso, el daño para los productores nacionales (...) [se genera] únicamente por el significativo aumento de las importaciones de productos (...). Por ello, esta medida de salvaguardia, en principio, se aplica a todas las importaciones en general, sin importar su procedencia o la identidad de determinadas empresas exportadoras.*

Podemos señalar de lo antes referido, que la medida de salvaguardia es excepcional, por ende temporal, y su uso se justifica en la desmesurada importación de un producto o insumo que tendrá o podrá tener un efecto destructivo de un sector de la industria nacional. Un punto a tomar en cuenta, tal como lo indica Stucchi, es que las medidas de salvaguardia pueden ser impuestas por mediante la elevación de aranceles o mediante la restricción de la cantidad de productos a importar.

Es importante referir que la determinación de una medida de salvaguardia es resultado de una investigación técnica realizada por la autoridad competente conforme las reglas del Acuerdo de Salvaguardias de la OMC, tal como lo indica el informe técnico del Indecopi antes mencionado:

“2. a) En la investigación para determinar si el aumento de las importaciones ha causado o amenaza causar un daño grave a una rama de producción nacional a tenor del presente Acuerdo, las autoridades competentes evaluarán todos los factores pertinentes de carácter objetivo y cuantificable que tengan relación con la situación de esa rama de producción, en particular el ritmo y la cuantía del aumento de las importaciones del producto de que se trate en términos absolutos y relativos, la parte del mercado interno absorbida por las importaciones en aumento (...)”.

En consecuencia, la imposición de una medida de salvaguardia tiene como punto de partida el trabajo investigación y recaudación de pruebas realizada por el Indecopi como autoridad de competencia.

II. De los principios del derecho internacional en materia de inversión extranjera y la actuación del Estado

A fin de dotar a este trabajo del marco que nos permita desarrollar nuestra hipótesis, es importante referirnos brevemente a las garantías que el incipiente y aún no definido derecho internacional brinda a la inversión extranjera, las que en base a la adopción en Tratados Bilaterales de Promoción y Protección a las Inversiones – BITS o Tratados de Libre Comercio – TLCs, suscritos por los países y a los diversos laudos arbitrales emitidos por el Convenio Internacional para el Arreglo de Controversias en materia de Inversiones - CIADI, constituyen el ordenamiento jurídico que proporciona el grado de confianza y el derecho a los inversionistas para accionar contra un Estado cuyas medidas han generado que las inversiones se vean afectadas o destruidas. Por ello, para los efectos del presente trabajo, analizaremos principios del derecho internacional de las inversiones que pudieran ser violados por una medida de salvaguardia.

Podemos empezar, mencionando el principio de plena protección y seguridad. Según Nigel Blackaby en su trabajo “El Arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina”, dicha garantía obliga al Estado a ejercer el deber de diligencia al momento de adoptar una medida, pues debe cuidar, como un parámetro fundamental de su accionar, que la inversión extranjera no se vea afectada o destruida. Así, no será posible que el Estado emita una medida sin tomar en cuenta los efectos de sus medidas en el inversionista extranjero, pues deberá ser responsable de responder ante cualquier daño a éste último.

Por otro lado, como lo señala Nigel Blackaby, podemos también mencionar el principio de protección física y jurídica de las inversiones, a fin de concluir que el Estado tiene el estricto

deber de no cambiar el marco legal si es que esto conlleva a que la inversión extranjera no pueda continuar o que su preservación no sea posible. Por tanto, sólo sería admisible la modificación del ordenamiento jurídico y las condiciones en las que el inversionista decidió apostar por el país, si es que tal modificación en lugar de perjudicarlo lo beneficia.

Siguiendo a dicho autor, consideramos importante, para el objeto de este trabajo, mencionar la garantía de la prohibición para adoptar medidas arbitrarias o discriminatorias que afecten la inversión. Queda claro bajo este principio que el Estado debe cuidar de no dictar una medida que menoscabe la dirección, explotación, mantenimiento, uso, usufructo, la adquisición, expansión o la liquidación de las inversiones. La medida arbitraria, sin ser ilegal según el ordenamiento jurídico local, obedece a una intencionada omisión al debido proceso, mientras que la medida discriminatoria se sustenta en la voluntad estatal de tratar al inversionista de una manera distinta que al resto de inversionistas en una situación similar.

En consecuencia, el Estado deberá ser muy cauteloso y estudiar bien los posibles efectos de las medidas que adopte en un ámbito determinado, pues éstas si pudieran afectar la inversión extranjera entonces estaríamos ante un potencial riesgo de demanda internacional de arbitraje y el pago de una indemnización, fuera de los costos procesales.

Ineludiblemente, dicha situación le dará derecho al inversionista, dependiendo del tratado celebrado entre el país del cual es nacional y el país receptor de la inversión, generalmente a activar el mecanismo de demanda arbitral internacional ante el CIADI pudiendo conllevar a una indemnización considerable a cargo del Estado.

En consecuencia, habiendo dado un vistazo a estos principios rectores que el Estado debe respetar para proteger la inversión extranjera y su posible responsabilidad ante su violación, a continuación esbozaremos nuestra hipótesis en relación a las medidas de salvaguardia que adopta el gobierno en defensa de la industria nacional.

III. Planteamiento de la hipótesis: De las medidas de salvaguardia contra la inversión extranjera

La hipótesis a plantear es ¿ante la adopción por parte del Estado de una medida de salvaguardia es posible que esta afecte una inversión extranjera determinada y con ello se genere responsabilidad del país?

La definición de inversionista extranjero será importante para los efectos del presente trabajo pues estamos elaborando la hipótesis en virtud de la cual una medida de salvaguardia puede afectar y dañar al inversionista. Así, recogiendo lo desarrollado por Christian Carbajal, podemos señalar que la Inversión Extranjera Directa es parte de la política económica del país receptor al ser un elemento que contribuye a su desarrollo económico y que puede plasmarse mediante a) la instalación de nuevos activos, con el objetivo de crear nuevas empresas en el país receptor, mediante el aporte de capital y/o transferencia de tecnología, b) a través de la inversión en procesos de privatización para adquirir la concesión o propiedad de activos de propiedad del Estado, c) por fusiones y adquisiciones, es decir que el inversionista adquiere activos de particulares, produciéndose el cambio en la titularidad de los empresas preexistentes ubicadas en el país.

Respecto a inversión extranjera indirecta, podemos citar el Laudo Internacional emitido por un Tribunal CIADI en el proceso arbitral seguido por el ciudadano chino el señor Tza Yap Shum contra el Estado Peruano en el cual el colegiado concluyó que dicha persona sí realizó inversión en el Perú pues fungió como gestor de negocios de una empresa exportadora de harina de pescado y compró acciones de ésta última.

En base a lo anterior, y para los efectos del presente trabajo, podemos ineludiblemente deducir que un ciudadano extranjero, cuyo país ha suscrito con el nuestro un BIT o TLC en materia de inversiones, se le considerará inversionista, y, por tanto, protegido por los principios citados en el acápite anterior, si de manera personal o mediante una empresa en el país desarrolla la actividad de importación de mercancías de su país de origen o de otro.

Sabemos que en el caso del Perú, contamos con una cantidad importante de tratados en materia de inversión, por lo que constituye una debilidad para el sistema de defensa del Estado Peruano que se haya producido un incremento de acuerdos internacionales con cláusulas arbitrales.

Conviene reiterar, como hemos podido desarrollar en los acápites precedentes, que las medidas de salvaguardia son emitidas por un país miembro de la OMC a fin de proteger de manera temporal y excepcional un sector específico de la industria nacional, el cual no está preparado para afrontar una gran cantidad de mercancías (de dicho rubro) que ingresan al país y que en caso de no implementarse una defensa comercial por parte del Estado la industria local puede ser destruida, afectando no solo al productor nacional sino también la generación de empleo, causando incluso una posible crisis social, como pasivo del gobierno.

A su vez, hemos señalado respecto a la protección de la inversión extranjera que el inversionista espera que el Estado no cambie las reglas de juego de manera abrupta y sin sustento, ya que se generaría un marco desfavorable y no predecible y de afectarse o destruirse la inversión se podrá generar responsabilidad internacional del país en el marco de un procedimiento de arbitraje ante cortes como la del CIADI.

Tenemos por tanto dos intereses importantes que aparentemente pudieran entrar en colisión frontal. Por un lado, una medida de salvaguardia y por otro los legítimos intereses del inversionista extranjero. ¿Pero cómo conciliamos ambos intereses? Mientras la salvaguardia es una medida acorde mundialmente por la OMC como acto excepcional de protección de la industria local, la inversión extranjera está protegida bajo el amparo de los tribunales CIADI cuya tendencia, ante la falta de un acuerdo multilateral de las inversiones, es la de priorizar los intereses privados de los inversionistas a los intereses estatales. Es

interés del Estado cumplir con las normas de la OMC como parte de la red mundial de comercio y la política de reducción de aranceles y libre circulación de mercancías, pero también el Estado tiene como norte la promoción de la apertura a la inversión extranjera, el respeto del derecho de las inversiones y el acatamiento de los laudos arbitrales CIADI en materia de inversión.

Tal como se indicó en el capítulo anterior, en el examen e investigación que hace la autoridad competente es posible que se adopten medidas de salvaguardia, bajo la acreditación fehaciente de elementos que acrediten que el volumen de importación determina la posible destrucción de la industria local. Sin embargo, podemos esbozar el siguiente supuesto: si luego de implementada la medida queda probado que fueron otros los factores que determinaron la destrucción de la industria local, como por ejemplo, problemas sociales, coyunturales, políticos, falta de competitividad, burocracia, entre otros. Así, si la importación que efectuó la empresa del inversionista extranjero no destruyó la industria local, entonces éste tendría legitimidad plena para demandar al Estado ante el CIADI? La respuesta pareciera totalmente afirmativa.

Pongámonos en otro supuesto más extremo aún. Que la empresa del inversionista extranjero, dedicada a la importación de un producto determinado, no esté ingresando las mercancías al mercado local con precios *dumping* o subvencionados, es decir precios no desleales, y el país miembro adopta una medida de salvaguardia provisional bajo la premisa que se reúnen indicios del ingreso masivo de productos importados, el daño a la industria y la relación causal ¿Pero qué sucede si esas medidas provisionales destruyen la inversión extranjera y luego se prueba que la importación de los productos no generó daño a la industria local? Nótese que los precios de ingreso de los productos fueron totalmente leales, es decir no fueron manipulados para destruir el mercado ni subvencionados por el Estado.

Incluso, podemos crear otro supuesto. Si la medida de salvaguardia fuera adoptada por el gobierno respetando las normas de la OMC y la medida destruyese la inversión extranjera del sector. ¿Acaso, el Estado al adoptar la medida de salvaguardia, aún cumpliendo los parámetros de la OMC, no debió tomar en cuenta los efectos nocivos y destructores contra la inversión de un no nacional?. Pareciera que la respuesta es afirmativa.

A propósito de estos supuestos, es relevante mencionar la figura de la proporcionalidad entre las medidas empleadas por el Estado (como por ejemplo una medida de salvaguardia) versus el propósito de la misma (proteger la industrial local por la masiva importación de productos). Al respecto, Úrsula Kriebaum¹ sostiene que la elección de la medida menos invasiva y destructiva a la inversión es la que prefiere el Derecho Internacional de las Inversiones. Sin embargo, ¿qué sucede si la medida de salvaguardia no fue la menos invasiva, sino que destruyó la inversión extranjera a costa de proteger la industria local?. La respuesta parece estar orientada a afirmar que en casos como este el inversionista tendría toda la legitimidad del mundo para activar el mecanismo de solución de controversias contra el Estado.

Todas estas interrogantes, nos llevan a afirmar que a plantear la idea que si bien la medida de salvaguardia está plenamente regulada por la OMC como una excepción a la regla de la promoción del libre comercio y la eliminación de trabas y con ello un Estado está legitimado a imponerla, ello no lo liberaría de responsabilidad absolutamente si tal medida por el contrario terminó destruyendo la inversión extranjera.

Como se indicó anteriormente, no existe un tratado multilateral en materia de inversión extranjera y los acuerdos de la OMC tratan este tema de manera muy tangencial y solo relacionado al comercio, por lo que el incipiente y aún no definido derecho internacional de las inversiones aplicable se constituye por los principios protectores de la inversión extranjera recogidos en distintos laudos arbitrales del CIADI y los tratados bilaterales. Por tanto, no vemos un alineamiento total entre el mayor órgano multilateral del mundo en materia de comercio y la inversión extranjera amparada por los tribunales arbitrales CIADI.

Así, las disposiciones de la OMC si bien deben ser acatadas por los países, ello no limitaría a un inversionista extranjero afectado por una medida de salvaguardia a recurrir al arbitraje internacional y demandar al Estado. Ello, bajo la premisa que la medida de salvaguardia también puede ser acto estatal que pudiendo cumplir con el acuerdo de la OMC, puede vulnerar los principios protectores de la inversión extranjera.

¹ Ursula Kriebaum, *Regulatory Takings: Balancing the interest of the investors and the States*.

Se ha criticado al sistema de protección de las inversiones CIADI pues mediante el arbitraje internacional se juzga a las autoridades locales bajo un estándar distinto al que operan. Así, un tribunal CIADI (y más si es uno de corte liberal) podría no juzgar al Estado de manera que valore el cumplimiento de la Ley cuando se aplicó la medida de salvaguardia, sino, por el contrario, se juzgue con un parámetro muy elevado, desde el punto de vista del derecho de las inversiones, a favor del inversionista extranjero, deslegitimando la medida adoptada, generando responsabilidad.

Por lo tanto, podemos concluir que estamos ante una colisión de competencias que por un lado se legitima al Estado a proteger su industria local, y por otro ampara como fin supremo al inversionista extranjero y sus intereses por encima de los intereses estatales. Lo anterior se puede amplificar en la medida que la OMC supervisa políticas comerciales estatales y conflictos entre Estados mas no tiene competencia para resolver conflictos de inversión entre un privado y un gobierno particular, materia a la que sí se avoca el Tribunal CIADI.

También podemos afirmar que las normas de la OMC establecen una serie de excepciones al principio del no uso de prácticas desleales comerciales, a fin de favorecer a las economías menos favorecidas. Sin embargo, en caso se apliquen estas medidas y resulte en la destrucción de una inversión extranjera, difícilmente los tribunales arbitrales internacionales, dada la crítica actual, velarán por los intereses estatales, por el contrario, protegerán al inversionista y si las medidas fueron impredecibles y no justificadas, pues el Estado podría ser sujeto a obligación de pago de una indemnización.

Finalmente, sabemos que conforme al acuerdo de la OMC, las medidas de salvaguardia no pueden exceder de los 4 años aunque pueden prorrogarse a 8 años. La pregunta es, en ese tiempo de vigencia de una medida de salvaguardia, es posible destruir la inversión extranjera? Evidentemente que sí.

IV. Propuesta

En el acápite anterior, hemos concluido que la medida de salvaguardia si bien está amparada por la OMC a favor de los países en desarrollo para proteger su industria local, también dicha medida puede destruir la inversión extranjera y por tanto generar responsabilidad en el Estado ante una demanda internacional de arbitraje.

Dada la evidente posible colisión de competencias, creemos que la facultad de imponer medidas de salvaguardias, u otras como medidas anti dumping o contra subsidios, debe ser expresamente consignada en los tratados bilaterales o TLC como causal que exime de responsabilidad a los Estados.

A fin que dicha propuesta se oriente a la protección de los intereses de los inversionistas debe señalarse de manera muy claramente en el tratado que si bien el Estado debe velar por la protección de la inversión extranjera, la medida de salvaguardia está orientada a impedir un daño considerable a la industria local. Es decir que el valor supremo son los intereses del Estado sobre los intereses particulares del inversionista extranjero. Esta propuesta puede ser discutible pues pudiera ir contra la política de apertura comercial y de recepción de las inversiones extranjeras, sin embargo, de manera equilibrada puede blindarse al Estado en estas situaciones.

En términos de análisis económico, consideramos que la propuesta tiene sustento en la medida que evitar o reparar el daño a un sector de la industria local conllevará a que no se generen problemas sociales, pobreza, menor recaudación de tributos, entre otros. Esto en términos económicos podría ser más costoso que una posible indemnización a favor de un inversionista extranjero. Sin embargo, en otros casos la figura puede ser inversa, es decir,

que sería preferible que se produzca el daño a un sector de la industria local, que pagar posibles indemnizaciones por destruirse la inversión extranjera. Habrá que sopesar ambos lados de la balanza.

A pesar de lo anterior, creemos que de plasmarse expresamente en un tratado que las medidas de salvaguardias dictadas por el Estado conforme a la OMC, proporcionarían un elemento de defensa importante para los intereses estatales. A pesar de ello, un tribunal CIADI de corte liberal pudiera interpretar que ello sería una abierta trasgresión a la inversión extranjera y a sus principios protectores.

En base a lo anterior, los miembros de la OMC debieran incluir en el capítulo de inversiones este tema particular de la posible colisión de competencias con el Tribunal CIADI a fin de conciliar ambas en beneficio no solo del inversionista extranjero sino también de los intereses de los Estados.

Conclusiones

- 1) La medida de salvaguardia como acto estatal acorde con las disposiciones de la OMC para proteger la industria local pudiera vulnerar o destruir la inversión extranjera.
- 2) El Estado puede ser responsable de indemnizar a un inversionista extranjero por la destrucción de su inversión como consecuencia de una medida de salvaguardia, aún emitida conforme a las disposiciones de la OMC.
- 3) La inclusión en un tratado de la medida de salvaguardia como causal de exclusión de responsabilidad de afectación a la inversión extranjera, pudiera otorgar al Estado un medio de defensa adicional que le permita proteger la industria local frente a los intereses particulares del inversionista.
- 4) Ante la falta de un Acuerdo Multilateral de las Inversiones, los acuerdos de la OMC debieran tratar de manera más profunda las posibles consecuencias de la aplicación de las medidas de salvaguardia contra la inversión extranjera.

BIBLIOGRAFÍA

BLACKABY, NIGEL. Artículo “El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en américa latina”. Revista Internacional de Arbitraje, bogotá.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES – CIADI. Laudo Arbitral en el procedimiento de arbitraje entre el señor Tza Yap Shum contra la República del Perú. Caso N.o ARB/07/6. Fuente: <http://italaw.com/documents/TzaYapShumAward.pdf>

KRIEBAUM, URSULA. Regulatory Takings: Balancing the interest of the investors and the States.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del INDECOPI, Informe técnico N° 043-2009/CFD-INDECOPI del 17 de julio de 2009.

STUCCHI, PIERINO Artículo “La Liberación del Comercio y las medidas de defensa comercial. Fuente: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe>